

DONGSHI ZEREN 董事责任制度

王影丽 / 著

公

司

不

是

苹

果

中国财政经济出版社

序 言

建立现代企业制度是国有企业改革的方向。所谓现代企业，是指适应市场需要的、具有独立的法人资格和独立的财产权限，并且能够独立承担民事责任的企业。现代企业的最本质特点在于，它具有独立的法人资格。我认为，现代企业的概念在很大程度上是为了适应国有企业和集体企业改革的需要而提出的，因为就中国的情况来看，公司以外的其他几种企业形态不能用来改造国有企业和集体企业，而只有公司这种企业形态最适合于改造国有企业和集体企业。公司所具有的独立资格、独立财产和有限责任，以及公司制采用的合理的权力分配和权力制衡机制，使其在市场经济条件下保持了较为旺盛的生命力，并且已被实践证明是当前用来改造国有企业和集体企业的最佳方式。也正是从这个意义上讲，我们说公司便是现代企业。从法律上而言，企业的组织形态除公司以外还有合伙、独资企业等组织形式，而且也很具有很强的生命力，但由于其并不适合改组国有企业，因此我们并不将之包含在现代企业之中。

建立现代企业制度必须要完善法人治理结构。其中，尤为重要的是建立和健全董事责任制度。因为公司是法律所拟制的主体，在公司背后所站立的仍然是个人，实际运作公司的是董事，如何促使董事对公司的经营管理尽职尽责，需要靠董事责任制度予以规范。王影丽博士基于自己的博士学位论文《论董事责任制

度——比较研究香港及内地法律》所完成的这本论著，对董事的义务和责任问题作了详细的探讨。作者在文中广泛借鉴了英美法的经验，比较了香港和内地的关于公司法特别是关于董事责任方面的规定，详细讨论了董事的义务、董事会制度、董事违反义务的民事责任、董事违反义务的免责事由、董事责任的追究程序等问题。在此基础上，作者对中国公司法的完善提出了许多有价值的建议。由于目前我国公司法的修改已经提上了议事日程，作者的这些建议对我国公司法的完善具有一定的参考价值。例如，作者关于董事义务中内幕交易规则问题的探讨，尤其是对内幕交易的构成事件，内幕信息的认定等方面的论述都较为详细和全面，作者也对中国刑法与证券法有关内幕交易的规定如何协调的问题提出了有价值的见解。再如对关于股东派生诉讼，以及中国是否可以引入股东派生诉讼等问题，也都作了很好的研究。在书中，作者引证了大量的英美法判例法、大陆和香港学者关于相关问题的探讨，表明作者对于本书的写作确实是认真的，治学态度是严谨的。本文也曾经获得中国人民大学优秀博士学位论文奖。这对于一个香港学员来说，是很不容易的。

当然，本书还存在许多缺点，但瑕不掩瑜。我衷心祝愿王影丽律师继续努力，在治学的道路上取得更大的成绩。

王利明

2002.3.1

前 言

本书旨在从香港特别行政区法律（由普通法判例及条例所组成）的角度探讨公司董事的义务及法律责任，并就讨论相关的英国条例加以补充。在本书中，除了在最后一章会涉及美国特拉华州的法律模式研究“股东的派生诉讼”外，其他普通法司法管辖区域内的成文法律均不在本书的讨论范围。另外，公司其他公职人员，例如经理及主任的义务及法律责任等，亦不在本书的讨论范围内。

本书的讨论范围会被收缩为以下各点：

第一，本书将集中讨论公司董事在其“个人身份”范围内的行为及遗漏。王保树教授曾正确地指出，董事的行为及遗漏，有着笔者所称的“双重身份”。^① 董事是公司组织机构的成员，而董事长是我国民法规定的公司的法定代表人，公司必须通过董事会这个机关运作，董事作为公司的机关的一部份，他们的每一行为及遗漏都可能被认定为公司的行为及遗漏。但是实际上，并非董事所有的行为及遗漏都会被认定为公司的行为及遗漏，我们必须对此有理念上的划分。有些行为被认定为公司的行为，公司必须对此负上主要的法律责任；相反，有些董事的行为被认定为其个人的行为，董事便须负上个人法律责任。例如，董事签发公司

^① 王保树《股份有限公司机关构造中的董事和董事会》，载于梁慧星主编《民商法论丛》第1卷（北京，法律出版社，1994）第105、120页。

支票，明显地，这种行为是属于公司行为还是个人行为是一个法律和事实的混合性问题。正因为董事的行为及遗漏有所谓的“双重身份”，所以笔者有必要在第一时间澄清：本书的主旨只是讨论董事在其个人身份范围内的行为及遗漏，而并非公司通过董事运作范围内的行为及遗漏。但是，在收缩本书讨论范围的同时，笔者并无意暗示董事不须就属于公司的行为与公司负上连带的个人义务及法律责任，相反，法律上对因为公司通过董事运作的范围内的行为及遗漏而致使公司及董事共同承担连带法律责任（包括民事法律责任及刑事法律责任）的情况却非常常见。^①但是，因为董事的共同个别的法律义务及责任与董事以个人身份直接承担的义务及责任在本质上及法律思想上有着很大的分别，所以前者会从本书的讨论范围内剔除。

第二，董事的义务局限于其对公司所承担的义务，而此义务是指他们身为董事一些应做或应避免的事情。一些学者对“董事义务”一词有两个不同的解释。^②根据狭义的解释，董事身为董事有一些应做或应避免的事情，而“董事义务”则是指这些对公司所承担的义务；另一方面，广义的解释则指董事身为董事对公司及其股东所承担应做或应避免的事宜的义务。在本书中，笔者在分析“董事义务”时只会集中讨论公司与董事之间的关系，因此，本书会采用“狭义解释”。但是，这并不表示董事可罔顾其他利益者的利益，从下文可见，“公司利益”一词事实上已包含了其他利益者（即股东及债权人，有时更包括雇员）的利益，而“真诚地以公司利益为出发点的义务”也包括了一个顾及其他利

① 王保树《股份公司组织机构的法的实态考察与立法课题》，《法学研究》，1998年第2期，第44、58页。

② 范健、蒋大兴《公司经理权法律问题比较研究》，《南京大学学报》（哲学，人文，社科版）1998.3，第136—149页。

益者利益的义务。

此外，在对我国《公司法》中有关董事义务的内容作出评价及提出完善我国有关法规的方案时，笔者是采用下列两点为指导原则：

第一，在评析我国有关条例的时候，笔者将会采用一个“结构完整性”及“实际有效性”的合并准则。此“合并准则”是由王保树教授所倡议的，^①他认为合并准则是分析及评估中华人民共和国《公司法》的适当准则。前者可用以制定一套完美的法律，并去除现行《公司法》中的不合逻辑之处及其漏洞；而后者则可用以制定一套有较强操作性的法律，并集中处理其在中国国内实施时遇到的执行方面及有效性方面的问题。笔者认为如只狭隘地采用“合并原则”两条的其中一条（而非全部），其实并不可行。因此，笔者在对中国《公司法》提出改良的建议时，将从普通法的观点出发，藉此将中国《公司法》的水平提升至其他普通法系国家所普遍接受的水平，但笔者并不主张将普通法的法则轻率地复制到中国的法例中。

第二，笔者希望一方面能确保董事的负责性，而另一方面避免公司要支付高额酬金或替董事买全面责任保险才能找到人出任董事的情况。笔者意识到，在经济低潮时，不高兴的股东及债权人多会吵闹地要求加强他们对企业的控制程度，并会要求更严格的董事义务。正因为股东及债权人贪婪的要求及他们对其损失要求全部赔偿的诉求，董事往往便成了他们怪罪的对象。其实，这是一个很危险的状态，因为当人们开始寻找替罪羔羊时，他们便很容易忘记董事的真正本质。在本书中，董事的真正本质将会

^① 王保树《股份公司组织机构的法的实态考察与立法课题》，《法学研究》1998年第2期，第44页。

下文讨论，但无论其本质如何，我们都必须知道董事并非业务风险的承保人！相反，向公司提供了资金的股东及提供借贷的债权人才是公司业务风险的承担者。

最后一点，本书中批判性的分析无可避免地会对现行的立法、司法判决及盛行的学术思想作出批评，而笔者作出批判性分析的尺度，是正如 Macmillan 先生写给 Lord Denning 的信中所说：“在我看来，英国法律中有两大主流，而两者在整体上并非溶为一体。其中，有一主流已占有优势，在过去 150 年来所通过的大量法例都倾向于使用对下议院立法字汇比较狭隘甚至是钻牛角尖的解释。至于另一主流则可追溯至十七及十八世纪，它倾向于常识、平衡、公平竞争及公正。Lord Mansfield 及 Lord Camden 正是这一主流的伟大倡议者，而 Lord Denning 阁下也与他们齐名。”^①常识、平衡，公平竞争及公正是本书的指导原则之不可分割的一部分。

本书主要针对六大问题：“为何在董事身上强加义务”^②、“究竟应对谁承担义务”^③、“这些义务是什么”^④、“对这些义务有什么豁免”^⑤、“不履行义务有何后果”^⑥及“怎样强制执行董事义务”^⑦。

第一章作为本书的一个引子分成两大部分。第一部分关注当代公司制度（尤其是公司所有权与经营权分离所产生的问题）的现况，分别介绍近代学者专家（不限于法学方面的专家）怎样理

① Lord Denning, *Landmarks in the Law*, (London: Butterworths: 1984), p365.

② 即下文第一、二和第三章。

③ 下文第四章。

④ 下文第五章至第十章。

⑤ 下文第十一章。

⑥ 下文第十二章。

⑦ 下文第十三章。

解此问题及他们所提出的解决方案。第二部分对董事一词的涵义从各种不同的表现形式作具体的分析，作为本书所研究对象的一个总览部分。

第二章及第三章分别探讨并比较普通法系及《公司法》下的董事会制度。要明白法律为什么要求董事承担某些义务，必须先要明白董事在公司里所操的权力。董事在公司管理中处于一个非常重要的位置，本书的目的是研究董事在这个位置上所负的董事义务和责任。因此，第二及第三章研究董事在公司内部体制中所处的地位。笔者的结论是两种制度虽然是两种截然不同的设计及构思，但是董事在这两种制度中实际上所处的地位大同小异。

第四章分析董事应向谁承担义务的问题。笔者的结论是，《公司法》应明确董事不单向公司承担义务，也需向其他利益相关者承担义务。至于对某些利益者例如控股股东、董事的提名人等，笔者认为，董事即使对控股股东或其提名人有一定程度上的义务，但董事作为本公司的董事对公司仍是承担维护公司利益的首要义务，该等义务不因董事是某人的提名人而被减免。只有在不违反“公司利益”的前提下，董事才可以同时考虑其个别提名人或控股股东的利益。在两者有冲突的时候，董事应当是毫不犹豫地选择公司的利益为出发点。

第五章仔细分析董事在普通法下的注意义务的性质、标准以及执行董事与非执行董事的分别。笔者的结论是《公司法》应增加关于董事的注意义务的规定。同时应规定董事运用这类规定的技巧与勤恳程度，必须等同于我们所期望的一般合乎常理地勤恳的、并且拥有特有的知识和经验的人在同样情况下为自己着想而注意行事的程度，但他无须在履行义务时，表现高出于凭他的知识和经验所能做到的技巧。

第六章主要是分析董事受信义务的最高教条，即董事必须真

诚地以公司利益为出发点行事。笔者认为在阐释《公司法》规定（尤其是第60条）时，应以“公司利益”为指导原则。同时，笔者提倡的所谓“公司利益”，应指“公司作为一个独立的经济实体的利益，也就是股东及其他利益者的利益”。

第七章主要是分析董事自我交易的制度并提出笔者对怎样完善《公司法》第61条对自我交易的规定的见解。

第八章主要是分析董事利益冲突与利用董事地位获利的情况。笔者建议《公司法》增加董事不得侵占来自公司的生意机会及有关的配套规定。同时，在先明确规定了应受法律保护的秘密信息的概念的前提下，完善禁止董事使用或滥用公司秘密信息的规定。至于《公司法》内有关竞业禁止的规定，笔者建议应予废止。

第九章比较研究内地与香港有关内幕交易法律制度的区别。由于《刑法》采用了“有罪的假设”，为避免法制过分苛刻，笔者认为有必要参考香港的证券及期货条例第271条增加规定，任何进行内幕交易的人士如果能证明他并非为了谋取利润或避免损失（无论是自己的损失抑或是别人的损失）而利用有关信息进行有关交易，他便不会被定为是内幕交易者。

第十章探讨无偿债能力公司的董事责任。当公司无力偿债时，因债权人利益被认定为公司的利益，董事便须以债权人利益为重，我们更需要法例以确保债权人不被诈骗。即使没有诈骗的情况，也需要保障债权人的权益，使之免受不负责任的经营方法的损害。为此，我国应尽早完善公司破产制度，让清算人有效地寻回公司董事所挪用的公司的金钱、财产或利益。因此，笔者在本章参照了国外有关的法规提出一套无力偿债经营的规定，以供我国立法者参考。

第十一章分析董事违反义务的各种免责情况，认为《公司

法》对自我交易、竞业禁止等董事义务的免责与否一概由股东大会决定是过于简单的做法。笔者认为免责的权力及有关规定应考虑到公司其他利益者的利益，尤其是少数股东以及债权人的利益，并非一概以多数服从少数的股东大会决议便可对董事予以免责。

第十二章比较研究普通法及我国大陆法律对董事违反义务的民事责任方式并探讨有关区别及提出完善我国有关救济的方案。

第十三章比较研究英美法系及我国《公司法》对股东派生诉讼的规定，及提出笔者对在《公司法》第 111 条的基础上完善股东强制执行董事责任的方案。

最后，书中所引用的资料如有失实之处，欢迎批评指正。

目 录

第一章 导论	(1)
第一节 概说	(1)
第二节 内地公司制的诞生	(4)
第三节 研究解决因公司所有权与经营权分离而 产生的问题的学派	(5)
第四节 在香港公司制度下“董事”一词的涵义 以及分类	(7)
第五节 在内地公司制度下“董事”一词的涵义 以及分类	(17)
第二章 香港普通法系之董事会制度	(25)
第一节 概说	(25)
第二节 香港公司内部体制的设计	(26)
第三节 董事会至高无上原则	(27)
第四节 特昆德原则 (Turquand's Rule)	(33)
第五节 香港近期的法律改革对特昆德原则的 影响	(42)
第六节 小结	(43)
第三章 内地公司法下的董事会制度	(45)
第一节 概说	(45)
第二节 内地公司治理结构的设计	(46)
第三节 权力机关——股东大会的法律地位分析	(47)

第四节	监督机关——监事会的法律地位分析·····	(54)
第五节	执行机关——董事会及其领导的机制的法律地位分析·····	(58)
第六节	小结·····	(64)
第四章	董事应向谁承担义务·····	(66)
第一节	一般准则：董事义务只向公司承担·····	(66)
第二节	义务向股东承担的情况·····	(70)
第三节	义务向债权人承担的情况·····	(76)
第四节	义务向雇员承担的情况·····	(82)
第五节	对内地董事应向谁承担义务的意见·····	(83)
第五章	注意、技巧和勤恳的义务·····	(86)
第一节	概说·····	(86)
第二节	注意义务的性质·····	(87)
第三节	注意义务的标准·····	(95)
第四节	非执行董事和获授权人士的注意义务·····	(106)
第五节	小结·····	(109)
第六章	受信义务 (一) ·····	(110)
第一节	概说·····	(110)
第二节	受信义务的内容·····	(111)
第三节	真诚地以公司最佳利益为出发点行事·····	(115)
第四节	以适当目的行使董事职权·····	(124)
第五节	不受制约地行使酌情权·····	(127)
第六节	小结·····	(128)
第七章	受信义务 (二)：自我交易 ·····	(130)
第一节	概说·····	(130)
第二节	香港有关董事自我交易的规定·····	(132)
第三节	内地有关自我交易的规定·····	(147)

第四节 对某些董事自我交易的特别规定·····	(153)
第五节 小结·····	(160)
第八章 受信义务(三):利益冲突与利用董事地位	
获利·····	(163)
第一节 概说——利益冲突与利用董事地位获利的区别·····	(163)
第二节 利用董事地位获取利益·····	(164)
第三节 侵占公司财产·····	(171)
第四节 侵占公司的生意机会·····	(175)
第五节 侵占公司机密信息·····	(186)
第六节 竞业禁止·····	(199)
第七节 小结·····	(204)
第九章 董事义务之内幕交易的禁止·····	(206)
第一节 概说·····	(206)
第二节 内幕交易之构成要件·····	(215)
第三节 内幕信息·····	(225)
第四节 免除内幕交易责任的条件·····	(236)
第五节 内幕交易法律的治外法权·····	(239)
第六节 违反内幕交易的后果·····	(240)
第七节 小结·····	(246)
第十章 无偿债能力公司的董事责任·····	(248)
第一节 概说·····	(248)
第二节 欺诈营商·····	(251)
第三节 不正当营商·····	(259)
第四节 无力偿债营商·····	(265)
第五节 失当行为诉讼程序·····	(268)
第六节 内地无力偿债营商之法规·····	(273)

第十一章 董事违反义务的免责情况	(276)
第一节 概说	(276)
第二节 对自我交易合同的批准和追认	(277)
第三节 对违反义务行为的追认	(281)
第四节 记录在案的异议	(289)
第五节 弥偿权及豁免权	(291)
第六节 法院给予宽免	(294)
第七节 小结	(296)
第十二章 董事违反义务的民事责任方式	(298)
第一节 概说	(298)
第二节 禁制令与停止侵害	(300)
第三节 终止或撤销交易及返还财物	(304)
第四节 清算利润或公司归入权	(313)
第五节 返还财产的救济——法律构成信托	(318)
第六节 衡平法上的追索	(332)
第七节 损害赔偿和衡平法上可得的补偿	(334)
第八节 取消董事资格	(339)
第九节 免除董事职位	(341)
第十节 诉讼时效	(342)
第十一节 董事义务之诉是侵权损害赔偿之债还 是合同之债	(345)
第十二节 小结	(349)
第十三章 董事责任的追究程序——论股东派生诉讼	(351)
第一节 概说	(351)
第二节 英国普通法的规定	(354)
第三节 美国法制	(364)
第四节 内地股东诉讼形式现状	(368)

第五节 中国应否引入派生诉讼·····	(370)
第六节 内地如何强化股东对董事的监察作用·····	(380)
主要参考书目·····	(390)

第一章 导 论

第一节 概 说

公司这种经济组织体制是近代经济发展史上的一项重大突破。公司与个人^① 分别是微观经济学层面的两大经济行为主体。经济学上的四项要素是资金、土地、劳动力及管理人才。公司把这四项全都连接在一起。公司从股东收集了资金，交付管理者运用，以公司的名义使用土地、聘用劳动力，进行各种经济活动，以创造经济效益。公司胜于其他经济组织的最大优点，是其“独立人格”的特质。公司独立于它的股东，也独立于其董事及雇员。虽然公司资本是由股东认购其股份时所缴付的，股东亦因而对公司有相当的权利，但是，公司一旦成立便拥有独立人格。这独立人格使公司与股东的债权债务得以完全分开，也使公司的所有权与股东的所有权完全分开。^② 如此一来，为资金拥有者带来两大好处：第一，股东不承担公司的债务，股东最大的责任是以所投资的股本为限承担公司的债务。即使公司的债务超出股东

① 包括所有没有法人资格的团体如合伙、联营、个人独资公司等。

② 也就是说：股东出资后即拥有了股权，公司则享有了对所有股东出资形成的公司财产的全部法人财产权，股东不再对其作为出资的财产享有所有权和直接控制权。详见王保树《经济体制转变中的公司法面临的转变》，载于王保树主编《商事法论集》第5卷，（北京，法律出版社，2000）第10页。

所认缴之股本，公司的债权人也不能向股东追索尚欠之款项。反之，不论个体户或合伙^①，均需以个人全部资产清偿债项。故此，公司这种投资形式大大减少股东投资者所承担的风险，保障他们其他资产的安全。第二，公司的独立人格，使其不受股东变动的影响，便于股权及资金自由转移。股东可随时转让他所持有的股权，而丝毫不影响公司正在进行的经济活动。此种延续性保障了债权人的利益，不论股东如何变动，债权人行使其债权的对象始终如一，没有改变。反之，对个体户或合伙而言，东主或合伙人的权益转移会使债权人行使其债权的对象随之转移，缺乏延续性及明确性。股权自由转移也有助于鼓励资金的投资，使社会资源更为有效地或灵活地运用于生产建设，谋取最佳经济成果。

所以说，公司这种体制有助于集中资金，统一专业管理。公司内的不同人士各展所长，各有不同任务。股东的任务是提供资金，承担投资风险；董事负责资金的管理，承担管理的任务。但是，有利必有弊。公司这种管理权与所有权分开的好处也是其坏处。股东把他们的资金交托董事管理，董事们管理不善造成公司清算解散的话，他们的投资会变为灰烬。不单如此，公司的无抵押债权人以及雇员等也同受连累。

早在 1776 年，著名政治经济学家亚当·斯密已严厉抨击“公司”这种模式的缺点。^② 他说股东对公司业务一无所知，只懂满足于董事每年或每半年分派给他们的红利。董事只是管理他人的

① 所谓的有限责任合伙 (limited partnerships)，它的主合伙人是承担无限责任的。

② Adam Smith, *The Wealth of Nations* (Random House edn., New York, 1937), 699—700. 原著 *An Inquiry into the nature and causes of the Wealth of Nations* (1776).